



A declarada inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e a consequente necessidade de adequação do regime inicial de cumprimento de pena na execução penal

Autor: Renato Marcão

Jurista, Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre em Direito, autor de diversos livros jurídicos

publicado em 30.04.2015

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

Conforme regra disposta no art. 33, § 2º, do Código Penal, e tendo por base o *quantum* da pena fixada: **a)** o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; **b)** o condenado não reincidente cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; **c)** o condenado não reincidente cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Não se desconhece a possibilidade de fixação de regime prisional mais severo que aquele determinado pelo *quantum* da pena, inclusive por força do disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, segundo o qual "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Em casos tais, todavia, na sentença, o juiz deverá fundamentar convenientemente a escolha/fixação do regime mais severo.

Não é por razão diversa que foi editada a Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte teor: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".(1)

Dispunha o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 que o réu condenado por crime hediondo ou assemelhado deveria **iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado**.

Impunha, portanto, regime inicial *ex lege*, sem outros questionamentos em linhas de individualização, de modo a tolher a atividade individualizatória conferida ao Poder Judiciário e malferir garantia fundamental do acusado, assegurada no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Por força de equivocada interpretação lastreada no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, em condenações proferidas, invariavelmente juízes e tribunais se descuidaram do dever de individualizar de maneira adequada a escolha do regime prisional de cumprimento da pena inicialmente fixado.

De modo a incidir em lamentável equívoco por falta de interpretação sistêmica e leitura constitucional das regras vigentes, admitindo eficácia ao dispositivo citado, foram proferidas condenações nas quais a fundamentação única para fixação do regime inicial fora lastreada no já mencionado art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Ocorre que, em 26 de junho de 2012, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, de que foi relator o Ministro Dias Toffoli, **o Plenário do Supremo**

Tribunal Federal julgou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por malferir o princípio da individualização da pena, que também se aplica à individualização do regime prisional.

Conforme anotamos em nossos livros **Lei de Execução Penal anotada** (5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014) e **Tóxicos** (10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131-2):

“Embora com alguma tardança, no julgamento do HC 111.840/ES, de que foi relator o Min. Dias Toffoli, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que determinava o cumprimento de pena dos crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo no regime inicial fechado. ‘Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.’ (STF, HC 114.568/ES, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.10.2012, **DJe** n. 220, de 08.11.2012) De tal sorte, **o regime inicial fechado não é de imposição compulsória** (STF, HC 111.840/ES, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.06.2012; stf, hc 112.979/MS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 18.06.2013, **DJe** n. 125, de 01.07.2013; STF, HC 112.868/DF, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. 12.03.2013, **DJe** n. 086, de 09.05.2013; STF, HC 113.389/MS, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.02.2013, **DJe** n. 048, de 13.03.2013; STF, HC 113.741/SP, 2ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.02.2013, **DJe** n. 043, de 06.03.2013). ‘Não evidencia fundamentação idônea e suficiente decisão que impõe o regime inicial fechado de cumprimento de pena baseada, objetiva e exclusivamente, na norma inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, declarada incidentalmente inconstitucional por este Supremo Tribunal, no HC 111.840 (Relator o Ministro Dias Toffoli, de 27.06.2012).’ (STF, HC 120.274/ES, 2ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2014, **DJe** n. 118, de 20.06.2014) **No mesmo sentido:** STF, HC 115.766/GO, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 10.12.2013, **DJe** n. 022, de 03.02.2014; STF, HC 118.717/SP, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.02.2014, **DJe** n. 047, de 11.03.2014; STF, HC 121.724/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.06.2014, **DJen** 149, de 04.08.2014; STF, HC 121.435/SP, 2ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.06.2014, **DJen** 148, de 01.08.2014; STJ, HC 280.555/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 18.06.2014, **DJe** de 01.07.2014; STJ, HC 283.306/SP, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13.05.2014, **DJe** de 02.06.2014. ‘O regime inicial do cumprimento da pena não é mera decorrência do quantum fixado, exigindo-se, também, a análise das circunstâncias judiciais arroladas no art. 59 do Código Penal, a que faz remissão o art. 33, § 3º, do mesmo Código.’ (STF, RHC 112.875/MS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 30.10.2012, **DJe** n. 226, de 19.11.2012) ‘A jurisprudência do STF é no sentido de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não resulta apenas de seu quantum, mas também das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal.’ (STF, HC 120.576/MS, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.04.2014, **DJe** n. 093, de 16.05.2014)”

Registre-se, a propósito, que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por força da Resolução nº 5, de 16.02.2012.

Disso decorre que, nas execuções criminais em andamento, se a condenação versar sobre crime hediondo ou assemelhado, faz-se imprescindível verificar se o regime inicial fora fixado tão somente com base no dispositivo em testilha e, sendo o caso, proceder-se ao ajuste do regime em sede de execução, e isso por força do disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal; na Súmula 719 do STF; e no art. 66, I, da LEP, segundo o qual compete ao juiz da execução **“aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o**

condenado”.

Veja-se, a propósito, o teor da Súmula 611 do STF: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

A esse respeito:

“Tratando-se de lei penal nova e mais benéfica, é de ser aplicada, ope constitutionis, aos casos pretéritos. A aplicação da Lex mitior compete ao juiz da execução, nos termos da legislação e da Súmula 611 do STF.” (STF, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, **DJU** de 12.06.1992, p. 9028)

“A competência para a análise da aplicabilidade da lei penal benigna é do juízo da execução penal, nos termos do artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, razão pela qual é inviável a deliberação da matéria diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de graus de jurisdição. Súmula nº 611/STF.” (STJ, AgRg no HC 250.812/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 25.02.2014, **DJe** de 10.03.2014)

É incabível afastar a incidência da citada Súmula 611 do STF ao argumento de que não se trata de **lei nova**, mas de **decisão** do Supremo Tribunal Federal.

Note-se que **a decisão foi proferida pelo Plenário da Suprema Corte**, e por ela se declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, cuja **eficácia foi retirada pelo Senado Federal por intermédio da Resolução 5**, de 16.02.2012, do que decorre ser correto afirmar que **ocorreu “mudança na legislação”, de forma benigna para o executado**, tanto que, a partir de 26 de junho de 2012, não se faz possível aplicar o fulminado dispositivo.

Bem por isso **o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça é firme** no sentido de que:

“Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27.06.2012), cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Precedentes: AgRg no HC nº 257.178/SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 6ª Turma, **DJe** 23.09.2013; HC nº 226.064/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, **DJe** 24.04.2013.” (STJ, HC 307.902/SP, 6ª T., rel. Min. Ericson Maranhão, j. 16.12.2014, **DJe** de 03.02.2014; STJ, HC 288.376/SP, 6ª T., rel. Min. Marilza Maynard, j. 18.08.2014, **DJe** de 25.08.2014)

A manutenção do condenado em regime fixado exclusivamente com fundamento em regra inconstitucional materializa indesculpável constrangimento ilegal.

Não é ocioso destacar que o art. 66, I, da LEP se refere à aplicação da norma “posterior que de qualquer modo **favorecer o condenado**”, e a Súmula 611 do STF trata da necessária incidência da regra posterior **“mais benigna”**.

É fora de dúvida, portanto, que, **na hipótese tratada, a adequação do regime inicial na fase executacional só poderá se verificar de forma benéfica ao executado, jamais in pejus.**

Notas

1. STF, HC 108.208/SC, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 19.02.2013, **DJe** n. 054, de 21.03.2013.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

MARCÃO, Renato. A declarada inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e a consequente necessidade de adequação do regime inicial de cumprimento de pena na execução penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Renato_Marcao.html>
Acesso em: 13 maio 2015.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS